

FACULDADE UNYLEYA

**PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
DIREITO PÚBLICO**

GRAZIELA ESTOLE TRINDADE

**O IMPACTO SOCIAL DA FUNÇÃO LEGIFERANTE NA ESFERA DO PODER
JUDICIÁRIO, SOB O ASPECTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO**

Brasília
2016

GRAZIELA ESTOLE TRINDADE

**O IMPACTO SOCIAL DA FUNÇÃO LEGIFERANTE NA ESFERA DO PODER
JUDICIÁRIO, SOB O ASPECTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO**

Artigo apresentado à Faculdade UNYLEYA como exigência parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público.

Nome do Orientador: **Márcio Moreira Leal**

Brasília
2016

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho, primeiramente, a Deus, quem me deu força e determinação para alcançar este objetivo, e a minha mãe, que é a minha fonte de incentivo e, ainda, me deu total assistência nos cuidados para com o meu filho, para que eu pudesse chegar ao final desta jornada com sucesso. Ao meu filho por ser uma preciosa herança de Deus na minha vida.

AGRADECIMENTOS

É com grande satisfação que agradeço a todos os tutores que nesse período enriqueceram o meu aprendizado, me ajudaram e participaram diretamente da minha conquista. A todos, muito obrigada.

EPÍGRAFE

“O conhecimento nos faz responsáveis”

Che Guevara

RESUMO:

O presente artigo tem como principal objetivo enfatizar o impacto social no que diz respeito a função normativa do Poder Judiciário na atualidade. Para tanto definimos alguns conceitos sobre neoconstitucionalismo, separação dos Poderes, soberania constitucional, democracia, direitos sociais, políticas públicas, processo legislativo, judicialização, ativismo e mutação jurídica até chegarmos na sociedade moderna.

Nesse primeiro momento utilizamos o método qualitativo teórico. Em seguida começamos a estudar o método quantitativo a fim de enfatizar a pouca eficiência legislativa demonstrado nas lacunas das normas jurídicas. Ao final, críticas e ponderações sobre a atuação do Poder Judiciário na função legiferante. Em termos gerais, nossas conclusões apontam os benefícios à sociedade com o novo sistema judicial.

PALAVRAS-CHAVE:

DIREITO CONSTITUCIONAL; PODER JUDICIÁRIO; FUNÇÃO LEGIFERANTE; CONSTITUIÇÃO; DIREITOS SOCIAIS; NEOCONSTITUCIONALISMO; ATIVISMO JUDICIAL; JUDICIALIZAÇÃO, MUTAÇÃO JUDICIAL; POLÍTICAS PÚBLICAS.

ABSTRACT:

The present article has as main objective to emphasize the impact of social function, the judiciary rules today. Therefore we define some concepts About neoconstitutionalism, separation of powers, constitutional sovereignty, democracy, Social Rights, Public Policy, legislative procedure, legalization, activism and Legal mutation Until You Reach in modern society. In this first time we used the theoretical qualitative method. NEXT we began to study the Quantitative Method for End to compare Excess of Labor and Low Efficiency demonstrated NAS gaps of Legal Standards. Finally, reviews and weights About the Judiciary Expertise in legislating function. Overall, our findings suggest the benefits to society with the new judicial system.

KEYWORDS:

CONSTITUTIONAL RIGHT; JUDICIAL POWER; FUNCTION
LEGISLATING; CONSTITUTION; SOCIAL RIGHTS; NEOCONSTITUTIONALISM;
JUDICIAL ACTIVISM; JUDICIALIZATION, CHANGING JUDICIAL; PUBLIC POLICY.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO:	9
2. REFERENCIAL TEÓRICO:	10
2.1. NEOCONSTITUCIONALISMO:	10
2.2. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES:	12
2.2.1. Teoria Tripartite:	12
2.2.2. Tripartição dos Poderes na visão de Montesquieu:	13
2.3. A IMPORTÂNCIA DO PODER JUDICIÁRIO:	13
2.4. SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO:	14
2.5. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:	15
2.6. AS DEFICIÊNCIAS DO PODER LEGISLATIVO E O SEU DESCRÉDITO JUNTO À OPINIÃO PÚBLICA:	17
2.7. A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL NO BRASIL:	18
2.7.1. Processo Legislativo:	18
2.8. AÇÕES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:	19
2.9. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO:	20
2.10. A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO - EC nº 45/04 E O SURGIMENTO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA:	21
2.11. O NOVO PODER JUDICIÁRIO:	22
2.11.1. A necessidade de um sistema brasileiro de precedentes:	23
2.12. DIREITOS SOCIAIS:	25
2.12.1. A intervenção do Poder Judiciário nas Políticas Públicas:	26
2.12.2. A judicialização da política gera a politização do judiciário?	29
2.13. O DIREITO E AS MUDANÇAS NA REALIDADE SOCIAL:	31
2.13.1. Mutação Constitucional e Interpretação Judicial:	31
2.13.2. Incorporação do efeito “ <i>Overruling</i> ” na técnica de revisão do precedente:	32
2.13.3. Teoria concretista:	32
2.14. O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA:	33
2.14.1. Consequências do Ativismo Judicial:	35
2.15. APLICAÇÕES DO DIREITO SOCIAL NO ÂMBITO DO NEOCONSTITUCIONALISMO:	36
3. CONSIDERAÇÕES FINAIS:	38
BIBLIOGRAFIA	40

1. INTRODUÇÃO:

O presente trabalho intenta examinar o impacto social do poder normativo dos órgãos do Poder Judiciário Federal, ou seja, como as normas judiciais possuem determinada força coercitiva, vinculando não apenas o jurisdicionado, mas toda a sociedade.

A escolha do tema dar-se devido a sua relevância quanto aos aspectos sociais e jurídicos enfrentados durante a interpretação dos princípios e normas constitucionais que são aplicados em face dos fatos concretos no dia-a-dia da população, em geral.

Inicialmente, examina-se alguns pontos acerca do Neoconstitucionalismo, da teoria da separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos dispostos na Constituição Federal, após aborda-se o processo legislativo federal e o sistema de controle concentrado de constitucionalidade.

Em seguida analisa-se a atividade legiferante judicial decorrente do neoconstitucionalismo, tais como: judicialização, interpretação normativa, mutação judicial, ativismo judicial, corrente concretista, políticas públicas, súmulas vinculantes, jurisprudência das Cortes superiores.

Noutra parte, discute-se de que forma a sociedade atual é atingida pelas normas advindas do poder atípico do Judiciário.

No presente trabalho, será considerado o posicionamento da jurisprudência e dos principais constitucionalistas brasileiros, como Luís Barroso, José Afonso da Silva, Alexandre Moraes, Flávia Bahia, Lênio Streck, Stéphane Monclaire, entre outros ponderando suas análises jurídicas a respeito do tema.

Dentre a natureza metodológica escolhida para a criação desse artigo, temos a qualitativa, buscando levantar todas as informações teóricas a fim de chegar à conclusão, utilizando-se de pesquisas bibliográficas para colher e avaliar dados.

2. REFERENCIAL TEÓRICO:

2.1. NEOCONSTITUCIONALISMO:

Neoconstitucionalismo – ou constitucionalismo contemporâneo - trata-se de um movimento social, político, jurídico, ideológico de revalorização do direito constitucional, tendo origem no liberalismo do final do século XVIII almejava assegurar direitos e garantias fundamentais.

Sobre o assunto, assevera Barroso:

“O neoconstitucionalismo pode ser compreendido, genericamente, como um conjunto de transformações “no modo como se pensa e se pratica o direito constitucional”, que reflete diretamente na percepção da Constituição e na interpretação jurídica geral”.

No Brasil, foi na Constituição de 1988 o marco histórico do Neoconstitucionalismo, trazendo um novo paradigma ao Estado com grande suporte axiológico para a efetividade dos direitos fundamentais sociais. Desde então, vários fenômenos constitucionais têm surgido no direito brasileiro, tais como: força normativa e valorização dos princípios jurídicos na aplicação do direito; rejeição ao formalismo; constitucionalização do direito; judicialização da política e das relações sociais com significativo deslocamento de poder dos demais Poderes para o Poder Judiciário.

Assim, descreve Daniel Sarmento:

“O direito brasileiro vem sofrendo mudanças profundas nos últimos tempos, relacionadas a emergência de um novo paradigma tanto na teoria jurídica quanto na prática dos Tribunais, que tem sido designado como Neoconstitucionalismo”.

A corrente do Jusnaturalismo defende que o direito independe da vontade humana, buscando sempre um ideal de justiça, aonde as regras são superiores, de ordem divina; enquanto o direito positivo ou juspositivismo possui normas impostas, correspondendo ao fenômeno jurídico no caso concreto.

Após o fracasso do Jusnaturalismo e do positivismo jurídico, surge o pós-positivismo, um movimento teórico que visa restabelecer uma relação entre direito e ética, buscando materializar a relação entre valores, princípios, regras e direitos fundamentais.

Segundo Barroso:

“O reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo (v. supra). Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem”.

Já o neoconstitucionalismo pretende superar o debate entre esses movimentos, sendo uma teoria que, tomando como base a Constituição, mudou a forma de pensar da sociedade, uma vez que passamos de um direito em que as normas ditavam o que fazer, para o direito em que os princípios indicam o que se pode fazer.

Segundo Nádia Almeida e Luiz Ribeiro:

“Para falar em um constitucionalismo novo é necessário pressupor a existência de seu antecedente lógico, qual seja, o velho constitucionalismo que se desenvolveu e encontrou o seu ponto de inflexão para dar lugar a uma forma diferente ou nova maneira de se conceber a Constituição em sua relação não apenas com a ordem jurídica, que ela mesma instala e legitima, mas também para com as suas relações em face da política, da economia e da própria ideia de direito subjacente na sociedade e nas suas aspirações por ética e justiça”.

2.2. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES:

Art. 2º, CRFB/88 – “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Sobre o tema, assevera Álvaro Cruz:

“O princípio da separação de poderes é ‘reinventado’, eis que já não seria mais possível admitir-se uma divisão estanque de atribuições. Exige-se uma visão cooperativa dos poderes, especialmente do Legislativo, que delega enorme parcela de poderes ao Executivo, por meio de decretos-leis ou delegações legislativas que veiculem juridicamente as transformações sociais esperadas ansiosamente pela coletividade. O Executivo alça agora o status de um novo Messias Social, tal como preconiza Schmidtt.”

2.2.1. Teoria Tripartite:

Dentre os pensadores do neoconstitucionalismo, destacam-se Aristóteles, Locke e Montesquieu, conforme Alexandre de Moraes expõe:

“A divisão segundo o critério funcional é a célebre “separação de poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “Política”, detalhada posteriormente, por John Locke, no Segundo Tratado de Governo Civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu O Espírito das Leis, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º de nossa Constituição Federal”

2.2.2. Tripartição dos Poderes na visão de Montesquieu:

A teoria da separação dos poderes foi aperfeiçoada por Montesquieu em sua obra “O Espírito das Leis” publicada em 1.748, aonde defendeu o sistema de pesos e contrapesos, afirmando que só o Poder freia o Poder. Assim, nenhum dos poderes poderia ser absoluto sobre a sociedade, afastando o absolutismo e a arbitrariedade estatal.

Pedro Vieira Mota traduz importante trecho da obra de Montesquieu:

“Estaria tudo perdido se em um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares”.

A Constituição brasileira de 1824 adotou um quarto poder, conhecido como Poder Moderador, a fim de solucionar possíveis conflitos entre os outros poderes. No entanto, esse poder, hierarquicamente superior aos demais, transmitia a força coercitiva e final do Imperador, caracterizando puro absolutismo.

O Brasil adota a Tripartição dos Poderes, na atual Carta em seu artigo 2º, instituindo funções típicas e atípicas aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que, inclusive, estão protegidos no ordenamento por cláusula pétrea, *in verbis*:

Art. 60, § 4º, da CRFB/88 - “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] a separação de poderes”.

2.3. A IMPORTÂNCIA DO PODER JUDICIÁRIO:

De acordo com o pensamento de Montesquieu, o Judiciário é considerado como terceiro poder, mas de menor importância, sendo que só poderia haver liberdade se o Poder Judiciário estivesse unido com o Executivo e com o Legislativo. Após o constitucionalismo da primeira república (1891/1934), surgiu uma suprema corte capaz de invalidar ato contrário a constituição. No entanto, somente é marcante a enorme importância do Judiciário, em virtude do neoconstitucionalismo.

Assim, a o Judiciário não é restrita exclusivamente a função de julgar, aplicando as leis aos casos concretos e resolvendo os conflitos existentes, mas também disciplinar as relações sociais valendo-se da sua função atípica legiferante. Contudo, há quem diga, que o Judiciário está exorbitando daquilo que lhe foi conferido pela Constituição, ultrapassando seus limites e sobrepondo-se sobre os demais poderes, violando a própria ordem democrática do Estado.

De fato, a concretização dos valores constitucionais é tarefa de todo Estado, inclusive dos cidadãos, mas devido à inércia do Poder Executivo na realização das políticas públicas e à inércia do Poder Legislativo em sanar as omissões legislativas, ao juiz cabe uma atitude prospectiva, pois a ele é conferida a função de concretização e aplicação dos valores constitucionais. No decorrer deste estudo, mais adiante, voltaremos a falar sobre essa temática.

2.4. SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO:

A Constituição Federal é a lei fundamental do Estado, por onde a sociedade se organiza e restringe atos ou exige prestações estatais. A atual Carta Magna apresenta-se classificada como rígida, significa que há uma dificuldade maior, tendo que passar por diversas solenidades para alteração das normas que organizam o Estado. Alguns autores, ainda, a classificam como super-rígidas, uma vez que a cláusula pétrea possui dispositivos que jamais poderão ser abolidos do ordenamento jurídico.

Sobre o princípio da supremacia constitucional, dispõe José Afonso: “requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição”.

Dessa forma, a Constituição é a guardiã suprema dos princípios e regras do Estado, por esse motivo, todas as normas que integram ou que possa vir ingressar no mundo jurídico, só serão válidas se validadas pela Lei Maior.

Luís Roberto Barroso, em sua tese sobre o Neoconstitucionalismo – O Triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil - nos ensina que antes de 1945 vigorava na Europa um modelo de Soberania parlamentar, mas a partir desta data a onda constitucional trouxe um novo modelo, o da soberania da Constituição, inspirado pela experiência americana: “A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos

fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário”.

Segundo Barroso:

“No Brasil, a partir de 1988 e, especialmente, nos últimos anos, a Constituição passou a desfrutar, além da supremacia formal que sempre teve, também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos princípios. Compreendida como uma ordem objetiva de valores, transformou-se no filtro do qual se deve ler todo o ordenamento jurídico”.

Nesse sentido, Douglas Rangel esclarece:

“Supera-se o modelo de supremacia do Poder Legislativo e adota-se o da supremacia da Constituição, com a constitucionalização dos direitos fundamentais, os quais ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário. Sua proteção passa a caber ao Judiciário, expandindo-se a jurisdição constitucional por meio do controle de constitucionalidade difuso e concentrado. (...) Dessa forma, o Poder Judiciário alcança relevante papel na realização do conteúdo da Constituição”.

2.5. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:

O denominado Estado Democrático de Direito é um Estado que visa à garantia do exercício de direitos individuais e sociais, juntamente com a harmonia e a independência dos três Poderes da República.

Democracia é governo em que o povo exerce a soberania, ou seja, a democracia consiste no regime de governo, o qual o povo detém poder para decidir as principais questões sociais do país, diretamente por meio do voto, plebiscito, referendo e ação popular ou indiretamente por meio de seus representantes eleitos.

A Carta Magna, em seu primeiro artigo deixa claro que: “Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Segundo Álvaro Cruz:

“Dignidade humana expressa resumidamente a força motriz do novo paradigma do Estado Democrático de Direito. A luta por dignidade leva a sociedade, de uma postura passiva para uma atitude francamente ativa. O cliente do Estado-Providência desiste de esperar. Levanta-se e se organiza. Os limites da vontade institucional/ estatal e da vontade informal/privada desaparecem. Já não há mais uma clara separação entre Estado e Sociedade, uma vez que seus canais de comunicação mesclam-se de modo atordoante.”

Lênio Streck, em *Hermenêutica Jurídica em crise*, esclarece que no Estado Democrático de Direito houve uma modificação de perfil, aonde a falta de atuação do Legislativo e do Executivo estão sendo supridas pelo Judiciário, com a utilização de mecanismos jurídicos previstos na Constituição:

“(…) é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, ocorre um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional. Pode-se dizer, nesse sentido, que no **Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo** (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); **no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo**, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no **Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário**”. Grifamos.

Do mesmo modo, Lênio Streck faz uma ressalva quanto a proteção da democracia:

“Assim, a assertiva de que o Estado Democrático de Direito dependeria muito mais de uma ação concreta do Judiciário do que de procedimentos legislativos e administrativos deve ser deveras relativizada. O Judiciário não pode ser a solução mágica para os problemas dos fracassos e insuficiências de políticas de *welfare state*. Aliás, em determinadas circunstâncias, corre-se o risco de “criar” cidadãos de segunda classe, que, em vez de reivindicarem seus direitos

no campo da política, apostam no paternalismo jurista.⁹² Igualmente não se pode apostar em uma “república de juizes”.

Tem-se que ter em mente, entretanto, a relevante circunstância de que, se no processo constituinte se optou por um Estado intervencionista, visando a uma sociedade mais justa, com a erradicação da pobreza etc., dever-se-ia esperar que o Poder Executivo e o Legislativo cumprissem tais programas especificados na Constituição. ”

2.6. AS DEFICIÊNCIAS DO PODER LEGISLATIVO E O SEU DESCRÉDITO JUNTO À OPINIÃO PÚBLICA:

O enfraquecimento do Poder Legislativo abre espaço para que o Executivo e o Judiciário realizem a função legiferante de forma mais abrangente.

O Poder Executivo, por meio de Medidas Provisórias e Decretos, legisla praticamente sobre tudo e a sua atuação tem se tornado cada vez mais comum entre os chefes do Executivo, não se importando com os critérios de relevância e urgência estabelecidos na Constituição para a edição de Medidas Provisórias e, ainda, se dão ao “luxo” de editar decretos no caso de derrubada de vetos a projetos de lei aprovado pelas Casas do Congresso Nacional.

O Supremo Tribunal Federal e, por extensão, os Juizes e Tribunais, adquirem sua importância do âmbito social. A corrupção, infelizmente, tem devastado todo o país, havendo grande concentração, em maior parte, entre os membros do Legislativo, já o Judiciário tem demonstrado atuação forte no intuito do combate dessa prática ilícita/viciosa. Um bom exemplo, a atuação dos ministros da Suprema Corte engajados no julgamento dos envolvidos no processo do Mensalão, inclusive, condenando-os a perda da função parlamentar; e outro, o Sr. Juiz Sérgio Moro – autoridade em “crime do colarinho branco” – enfrentando os corruptos da Lava Jato. Ressalta-se, até pouco tempo, não se ouvia falar que esse tipo de crime tinha punição.

Sobre a atuação do Poder Legislativo, Diógenes Ribeiro assim descreve:

“Essas pesquisas e dados estatísticos indicam que, quando se examina a qualidade da legislação em um determinado ano, não houve produção de qualidade acima de 20% dos projetos aprovados. Portanto, os projetos aprovados relevantes e que representam efetivamente contribuição para a

sociedade, considerando o número de projetos aprovados, não superaram uma quinta parte. Nos mesmos termos, examinado o aspecto da quantidade, puramente, o trabalho igualmente se revela pouco expressivo. (...) no Estado brasileiro, que não tem tradição ou história antiga em termos de sistema jurídico, essa quantidade e qualidade dos projetos é, realmente, irrisória. A cidadania demanda uma produção legislativa qualitativa e quantitativamente maior”.

A respeito do tema, Elival Ramos também tece o seu comentário:

“No Brasil, o lugar deixado pelo Poder Legislativo tem sido assumido pelo Poder Judiciário, o qual, deste modo, passa a exercer sua função jurisdicional para além dos limites a ele impostos pelo ordenamento jurídico brasileiro, deixando de apenas resolver conflitos de interesses subjetivos ou de natureza objetiva”.

2.7. A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL NO BRASIL:

Legislação infraconstitucional é o termo utilizado para se referir à qualquer norma que não esteja incluída na Constituição, ou seja, é a norma, preceito, regramento, regulamento e lei que estão hierarquicamente abaixo da Constituição Federal.

2.7.1. Processo Legislativo:

O processo legislativo está disposto no artigo 59 da Constituição Federal, e é o conjunto de disposições que disciplinam o procedimento a ser observado pelos órgãos competentes na elaboração das espécies normativas.

As regras de um processo legislativo - regras de âmbito geral relativas a iniciativa, quórum para aprovação, encaminhamento, sanção e veto - são ditadas, em nível federal, pela Lei Fundamental e regulamentadas por leis complementares. Quanto aos detalhes do processo legislativo - os relativos aos trabalhos das

comissões, prazos para emendamento e prazo para emissão de pareceres, regras de votação e destaques - cabem aos regimentos internos disciplinar¹.

A desobediência destas disposições, tanto formal, quanto material, acarreta inconstitucionalidade, uma vez que todas as normas devem estar conforme a Constituição Federal.

2.8. AÇÕES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:

Um dos mais complexos e abrangentes do mundo, o controle de constitucionalidade brasileiro é o método por meio do qual verifica-se a compatibilidade da lei ou ato normativo com a Constituição.

O Brasil adota o sistema misto de controle de constitucionalidade, desse modo, são dispostos dois momentos de controle: o prévio, realizado pelo Poder Legislativo, ainda no projeto de lei, ou através do veto presidencial, também conhecido por controle de constitucionalidade político do Poder Executivo, exercido antes da entrada da lei no mundo jurídico; e o controle repressivo, realizado pelo Poder Judiciário.

O controle da constitucionalidade jurídico pode ser realizado através da via de exceção ou difusa, também chamado de controle concreto, incidental, ou pela via de ação, aqui conhecido por controle abstrato, concentrado, direto.

O controle de constitucionalidade no Brasil, tem a função precípua de defesa dos direitos fundamentais, quando praticado pelo Poder Judiciário, assim, pela via concentrada, o controle é exercido perante o Supremo Tribunal Federal, através da instauração de processo objetivo em que se busca a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo de forma abstratamente considerada, contrastando-a com a Carta Magna. Tal controle é efetivado no âmbito de Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ou, ainda, através de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, possuindo efeitos *erga omnes* (para todos), e, em regra, opera-se *ex tunc* (retroativo).

¹ WIKIPÉDIA. A enciclopédia livre. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Processo_legislativo>. Acesso em 23/09/2016.

As ações do Controle Concentrado, por serem objetivas, possuem um rol taxativo de legitimados ativos para provocar a jurisdição constitucional, estabelecido no artigo 103, I a IX da CRFB/88, aos legitimados compete a proteção/defesa da Lei Maior em face das leis ou atos infraconstitucionais. A propósito a Suprema Corte, ainda faz uma interpretação restritiva da legitimação para agir, procedendo uma classificação dos autores destas ações em dois grupos: primeiro, os legitimados universais, aonde não se exige a demonstração de interesse de agir; e o segundo grupo, são os legitimados especiais, àqueles que necessariamente devem demonstrar pertinência temática.

Já o controle difuso, ocorre no âmbito de um caso concreto posto à análise do Poder Judiciário e se efetiva de forma incidental em qualquer processo posto à apreciação da primeira instância ou dos Tribunais, inclusive superiores, mas não integram o objeto da lide. Seus efeitos, via de regra, operam-se *ex nunc* (não retroativo) e *inter partes* (entre as partes).

Ademais, o professor brasilianista francês, Stéphane Monclaire, leciona:

“O Poder Judiciário só decide em espécie. É necessário, porém, estender os efeitos do julgado, e esta é atribuição do Senado. (...).

Vê-se, assim, que a Constituição de 1988 modificou de forma ampla o sistema de controle de constitucionalidade, sendo inevitáveis as reinterpretações ou releituras dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, especialmente da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal”.

2.9. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO:

A Constitucionalização do Direito trata-se de um reposicionamento do sistema jurídico, onde se opera mediante a fixação dos textos constitucionais no centro do sistema jurídico, ou seja, consiste na releitura de toda ordem infraconstitucional à luz da Constituição.

Sobre o tema, citamos Alexandre de Moraes:

“A constitucionalização dos direitos fundamentais não significa mera enunciação formal de princípios, mas sim a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia”.

Nesse contexto, fazem parte do ordenamento jurídico os atos e as normas jurídicas de direito público ou privado que se destinam a regular esferas diversas na vida social, e, assim, a constitucionalização do direito infraconstitucional, nada mais é que a imersão constitucional nos demais ramos do direito.

Assim, Débora Lima aponta:

“Sabe-se que a estrutura da Constituição brasileira de 1988, além de prever matérias tradicionalmente relacionadas a uma Lei Maior – forma, regime de governo, organização do Estado e dos poderes –, conta também com disposições atinentes aos ramos do Direito, como o Direito Civil, Processual Civil, Penal, Processual Penal, entre outros. Em vista disto, os ramos do Direito agregaram contornos constitucionais, ao conceberem a Constituição como centro norteador de sua matéria.

À luz de tais premissas, a partir do neoconstitucionalismo, a Constituição passa a condicionar o sentido e o alcance das normas de direito infraconstitucional, de modo que toda interpretação jurídica deve estar em harmonia com a Constituição. (...).

Em suma, o neoconstitucionalismo trouxe importantes transformações para o conteúdo ideológico do Direito Constitucional, por englobar o surgimento de novos direitos, valores, interpretações, concepções e o nascimento de novas matérias de índoles econômicas e sociais que refletiram positivamente na construção do direito contemporâneo à luz da Constituição”.

2.10. A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO - EC nº 45/04 E O SURGIMENTO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA:

As emendas constitucionais são reformas da própria Constituição, que visam adequá-la às novas realidades da sociedade. A Emenda Constitucional nº 45, veio como uma resposta à coletividade brasileira que clamava por melhorias na prestação jurisdicional. Como uma das soluções surge, então, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, órgão de natureza jurídico-administrativa, onde as decisões proferidas não possuem coisa julgada material, por ser um instituto de estrutura legitimamente administrativa.

Segundo prevê a Constituição Federal, a principal função do CNJ é controlar a atuação administrativa e financeira do Judiciário, assegurando que os magistrados cumpram com seus deveres. Dessa forma, o CNJ tem decidido reiteradamente que os magistrados modernos devem ser partícipes e integrados à sociedade, não se afastando do cotidiano, devendo aprimorar suas orientações humanísticas, filosóficas e sociológicas, sempre com dedicação exclusiva à sua função.

Segundo Rangel Dinamarco:

“Ressalta-se que, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, responsável pela denominada “Reforma do Poder Judiciário”, houve uma expressiva reforma da ordem processual e alterações substanciais nos modos de exercício da jurisdição e no funcionamento dos órgãos e organismos que compõem a organização judiciária.

2.11. O NOVO PODER JUDICIÁRIO:

Outrora a atuação do judiciário era restrita à aplicação do direito no caso concreto, sempre vinculado aos processos judiciais. Assim, suas atribuições, excluindo normas regimentais e administrativas de seu órgão interno, estavam estritamente ligadas à atividade jurisdicional.

Com a evolução política, industrial, econômica e tecnológica da sociedade e o avanço da informação, necessária foi certa mudança também no que diz respeito a atuação do Poder Judiciário.

Dessa forma, o juiz deve atuar de acordo com os anseios sociais da atualidade, não bastando proferir decisões justas, corretas e céleres, uma vez que a sociedade exige mais, exige responsabilidade social.

Podemos citar o trecho do texto de Tiago Rodrigues e André Vieira:

“Aludida evolução consubstancia-se em verdadeiro marco instituidor do novo papel institucional do Poder Judiciário, pois, a partir das primeiras experiências, afigurou-se um modelo sistêmico fortalecido e, ainda que passível de aprimoramentos, fundamental para a garantia e legitimidade de seus fundamentos basilares”.

2.11.1. A necessidade de um sistema brasileiro de precedentes:

O direito de acesso à justiça encontra-se previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição, estando inserido, portanto, no rol dos direitos e garantias individuais, espécie dos direitos fundamentais. Desse direito também decorre a necessidade de se prestar uma tutela jurisdicional justa e efetiva para cada caso concreto, estabelecendo o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Dessa forma o judiciário tem adotado medidas, como a utilização da jurisprudência, por exemplo, para a garantia de uma prestação judicial célere, justa, uniforme, segura e eficiente.

A jurisprudência, conforme conceitua Estefânia Barbosa, é: “a prática de decidir casos com base nas decisões tomadas em casos similares no passado, por meio de mecanismos que identificam a experiência comum ou questões semelhantes entre casos”.

Sobre o tema, cabe uma breve explanação sobre a diferença básica entre as estruturas *Civil Law* e *Common Law*, aquela trata o “texto” como a principal fonte do direito, adotada no país, que são as leis; essa, utilizada por países de origem anglo-saxônica, baseia-se mais na jurisprudência que na lei.

No Brasil, a regra é usar o texto da lei, todavia, torna-se cada vez mais difícil conceber um Estado totalmente legalista por causa das constantes modificações culturais, políticas, econômicas da sociedade, então, a busca na atualidade tem sido por um direito flexibilizador, pois a lei pode ser interpretada de modo a caber no caso concreto e, ainda, dependendo do caso, não há lei que aborde o assunto.

Dessa forma, em razão da lenta velocidade pela qual se processam as alterações legislativas no Brasil, a tendência é o desenvolvimento da jurisprudência – que é a reiterada aplicação de um precedente – como forma de solucionar as situações que não podem ser resolvidas por meio da aplicação literal da lei².

O novo direito processual civil estabelece vários mecanismos que dão maior força normativa aos precedentes judiciais e, conseqüentemente, à uniformização e à estabilização da jurisprudência pátria.

Nesse sentido, Débora Lima acrescenta:

“No que se refere aos aspectos processuais, é possível afirmar que a Emenda Constitucional nº 45 passou a privilegiar a técnica dos precedentes judiciais, como instrumento apto a garantir a uniformidade da jurisprudência e, por consequência, acelerar o andamento processual. Mais recentemente, o ordenamento jurídico conta agora com um novo Código de Processo Civil que também tem privilegiado a técnica dos precedentes judiciais como forma de padronizar as decisões jurídicas”.

Nesse contexto, juízes e tribunais, analisando o caso concreto, frequentemente optam por dar uma nova interpretação à letra da lei, sob o argumento de conferir maior efetividade processual e por meio da jurisprudência, pretende-se alcançar total segurança jurídica.

Conseqüentemente, os precedentes podem ser meramente aconselhatórios ou vinculantes, que são precedentes obrigatórios, como as Súmulas vinculantes – que, aliás, são de natureza vinculada apenas no âmbito dos Poderes Judiciário e Executivo – e um dos requisitos para edição das súmulas vinculantes são as reiteradas decisões e interpretações conflitantes.

A EC nº 45/04 preocupou-se com os riscos que as súmulas trariam ao livre convencimento do Juiz, por esta razão estabeleceu um conjunto de critérios para a sua edição, vinculando à competência da Suprema Corte.

Alexandre de Moraes acrescenta:

² JUSBRASIL. A Força dos Precedentes do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil>> Acesso em 18/10/2016.

“A EC nº 45/04 não adotou o clássico *stare decisis*, nem tampouco transformou nosso sistema de *civil law* em *common law*, porém permitiu ao Supremo Tribunal Federal de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

Ante ao Princípio da Segurança jurídica, as súmulas vinculantes buscam a harmonização da jurisprudência nacional a partir dos casos concretos, de relevância social, com existência de controvérsia e grave segurança jurídica, e, ainda, é necessário que haja similitude entre os casos.

Alexandre de Moraes, continua:

“As súmulas vinculantes surgem a partir da necessidade de reforço à ideia de uma única interpretação jurídica para o mesmo texto constitucional ou legal, de maneira a assegurar-se a segurança jurídica e o princípio da igualdade, pois os órgãos do Poder Judiciário não devem aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias, devendo, pois, utilizar-se de todos os mecanismos constitucionais no sentido de conceder às normas jurídicas uma interpretação única e igualitária”.

Desse modo, assim como o Supremo Tribunal de Federal, na fundação da Súmula vinculante, faz uma ponderação para garantir o princípio da equidade entre todos os jurisdicionados, os demais julgadores também devem fazer um juízo de igualdade ao proferir sua decisão.

2.12. DIREITOS SOCIAIS:

Os Direitos sociais estão consagrados na Constituição Federal de 1988 ao *status* de norma fundamental. A valoração social é característica do

neoconstitucionalismo, sendo o Poder Executivo, mais precisamente a Administração Pública, o responsável pela implementação das Políticas Públicas. No entanto, o Poder Judiciário é instado a se manifestar quando incorre em falhas por parte do Poder responsável.

Art. 6º CRFB/88: “São direitos Sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição”

Os confrontos judiciais são marcados pelo debate principiológico entre o princípio da separação dos Poderes e a norma constitucional de inafastabilidade do controle jurisdicional.

Art. 5º, XXXV, da CRFB/88 – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Alexandre de Moraes, esclarece:

“Direitos Sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamento do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal”.

“A proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral, pois o respeito aos direitos humanos fundamentais, principalmente pelas autoridades públicas, é pilastra mestra na construção de um verdadeiro Estado de Direito democrático”.

2.12.1. A intervenção do Poder Judiciário nas Políticas Públicas:

As políticas públicas são atividades desencadeadas pelo Estado a fim de assegurar os direitos sociais. Essas ações podem ser desenvolvidas em parcerias com organizações não governamentais e até com a iniciativa privada, porém essa exigência constitucional é dirigida inicialmente aos Poderes políticos como o Legislativo, para decidir acerca da destinação e aplicação dos recursos

orçamentários; e o Executivo, para executar e implementar os projetos necessários à sociedade, já que os membros desses poderes, democraticamente, são eleitos pelo voto do povo. Enquanto que os membros do Judiciário fazem parte do povo, pois ou ingressam no Poder por meio de concurso público ou através de escolha por autoridade competente e, ainda assim, há doutrinadores que alegam falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário.

Embora a intervenção do Judiciário em questões de políticas públicas seja válida, principalmente, em caso de omissão do Estado - pois visa a preservação dos direitos sociais e a dignidade da pessoa humana - essa interferência do Judiciário tem sido objeto de grande discussão, uma vez que há a ampliação da politização da justiça.

O Ministro Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal, tem afirmado que estamos no “século do Poder Judiciário”, e que no futuro o Poder Judiciário brasileiro terá mais protagonismo em relação aos outros Poderes, ainda, defende a tese de que há uma hegemonia judiciária decorrente de um período que contempla tanto a democracia quanto a universalização de direitos³.

Nesse contexto, para preservar a dignidade da pessoa humana, cabe ao Judiciário intervir nas políticas públicas para garantir a aplicabilidade do direito, obrigando o Estado a realizar prestações como, por exemplo, a internação ou tratamento de enfermos graves em hospitais particulares quando não há vagas em hospitais públicos.

A propósito, observam-se o precedente do STJ:

"(...) a partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais" (REsp

³ ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/anamatra-na-midia/estamos-no-seculo-do-poder-judiciario-diz-lewandowski>> Acesso em 18/10/16.

1.041.197/MS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16.9.2009).

Douglas Rangel acrescenta:

“Não se pretende aqui atribuir atos de governo e ações programáticas ao Poder Judiciário, derogando-se a função precípua do Poder Executivo. Entretanto as políticas públicas não podem ser configuradas simplesmente dentro do âmbito da oportunidade e conveniência do administrador, entendidas enquanto impassíveis de controle judicial. Impõe-se que o Judiciário possa, em princípio, determinar a sua elaboração quando da omissão administrativa”.

Cabe ressaltar que a interferência do Poder Judiciário em questões de políticas públicas, controlando a omissão estatal em prol da efetividade dos direitos sociais, como muitos argumentam, não viola o princípio da separação dos poderes, já que esta foi concebida com a finalidade de assegurar os direitos fundamentais individuais e coletivos.

Constata-se que o princípio da separação dos poderes, cuja gênese está na divisão de poderes concebida por Montesquieu, teve como finalidade fazer com que cada poder freie o outro e impeça o abuso de poder por parte deles.

Assim, o princípio da separação dos poderes não implica na imunidade destes a qualquer interferência ou controle exercido pelos demais poderes, especialmente quando essa interferência ocorre diante de um abuso e em favor de um interesse maior, o interesse social, em observância e apreço ao interesse público.

A propósito:

ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGÊNCIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. PRAZO PARA REALIZAÇÃO DA PERÍCIA MÉDICA DOS SEGURADOS. FIXAÇÃO DE PRAZO DE ATÉ 15 DIAS. RAZOABILIDADE. CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO COM O SUS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA. AMPLA DIVULGAÇÃO DO PRAZO NAS DEPENDÊNCIAS POR INFORMES LEGÍVEIS E VISÍVEIS E POR DISPOSITIVOS DE INFORMAÇÃO FACILITADORES DA INCLUSÃO DA PESSOA

COM DEFICIÊNCIA. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. DIREITO À INFORMAÇÃO.

(...)

2. O STF tem decidido que, ante a demora do Poder competente, o Poder Judiciário poderá determinar, em caráter excepcional, a implementação de políticas públicas de interesse social - principalmente nos casos que visem a resguardar a supremacia da dignidade humana -, sem que isso configure invasão da discricionariedade ou afronta à reserva do possível. Precedentes.

(...)

(REsp 1586142/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 18/04/2016)

2.12.2. A judicialização da política gera a politização do judiciário?

A implementação do Estado Social pelo Judiciário determina a chamada judicialização da política, cuja prática deliberada ocasiona a politização do próprio Judiciário. Isto implica em um abandono à prática democrática, pois a alocação dos recursos estatais destinados à formulação e à execução de políticas públicas criadas para efetivar os direitos fundamentais para toda comunidade, acaba sendo efetuada por técnicos, os magistrados, que não possuem qualquer legitimidade política, para somente alguns indivíduos, que são partes no processo, além de gerar, por outro lado, o esvaziamento das funções precípuas do Parlamento⁴.

Sobre o tema, esclarece Diógenes Ribeiro:

“A judicialização acentua a realização de um deslocamento da lei abstrata (do legislador) para a lei concreta (do juiz) - mas tudo inserido no sistema jurídico. A desjudicialização estabelece-se a partir do limite do Judiciário, que não consegue satisfazer (dar a solução), daí fazendo nascer outras possibilidades mais satisfatórias de solução dos conflitos de interesses”

⁴ ÂMBITO JURÍDICO. O seu portal jurídico na internet. O problema da judicialização da política e da politização do Judiciário no sistema brasileiro. Faustino da Rosa Júnior. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3164> Acesso em 18/10/2016.

Como dito, as políticas públicas têm sua razão principal de existência nos direitos sociais, visto que esses direitos se concretizam por meio de atividades adotadas pelo Estado, e às vezes é necessário que o Poder Judiciário intervenha nas políticas públicas para garantir os direitos constitucionais à sociedade.

Nas palavras de Oswaldo Canela Junior:

“Por política estatal — ou políticas públicas — entende-se o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado”.

Sobre o tema, importante destacar alguns julgados da Corte Suprema:

“O Supremo Tribunal Federal já assentou ser possível ao Judiciário, em situações excepcionais, determinar ao Poder Executivo a implementação de políticas públicas para garantir direitos constitucionalmente assegurados, sem que isso implique ofensa ao princípio da separação dos Poderes”. (AI 692541 AgR, Relator (a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 25/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 18-09-2015 PUBLIC 21-09-2015).

“Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais”. (ADPF 45 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em

2.13. O DIREITO E AS MUDANÇAS NA REALIDADE SOCIAL:

Com efeito, a sociedade sofre constantes mudanças de ordem cultural, política, econômica, etc. Da mesma forma, deve o direito acompanhá-las, embora a justiça seja inerte no sentido de ter que ser provocada, não podendo ficar engessado no tempo, sob pena da ocorrência de injustiças jurídicas.

Acrescenta-se as palavras de Susana Sbrogio'Galia:

“A mudança constitucional demonstra-se fenômeno indissociável da vivência jurídica, porquanto decorre da permanente tensão entre o texto normativo, a realidade constitucional e a necessidade de efetividade das disposições constitucionais. ”

2.13.1. Mutação Constitucional e Interpretação Judicial:

A Constituição não é uma norma imutável, uma vez que é vinculada a uma sociedade dinâmica, devendo adaptar-se às mudanças que sucedem no corpo social. Por esse motivo ocorre a mutação constitucional, que pode ser formal, através das emendas à Constituição ou informal, onde não há alteração no texto constitucional, mas nas interpretações jurisprudenciais.

A temática da mutação constitucional não é novidade, uma vez que já era refletida pelos pensadores da antiguidade, como se vê:

a) Hans Kelsen, abordando os tipos de normas presentes no meio social, havia previsto uma forma mais abstrata de normas que compõem o ordenamento jurídico quando tratou do processo de criação do direito consuetudinário, em que se tem afastada a atuação do legislador. Assim, concluiu, em sua obra Teoria Geral do Estado, que "as normas jurídicas são criadas de duas maneiras diferentes normas gerais através de costume ou legislação, e as normas individuais através de atos judiciais e administrativos ou de transações";

b) Lassalle aduz que para ser boa e duradoura a Constituição escrita deveria refletir, necessariamente, os fatores reais de poder existente na sociedade. Caso contrário, a Constituição real revogaria a Constituição formal, substituindo-a por outra atualizada pelas constantes mudanças na sociedade;

c) Para Hesse, a Constituição para durar deve poder adaptar-se às eventuais mudanças na realidade sociopolítica, o que somente conseguirá se o seu texto estiver suscetível a novos desenvolvimentos, excetuada as mutações constitucionais conflitantes com a própria Constituição.

2.13.2. Incorporação do efeito “*Overruling*” na técnica de revisão do precedente:

No momento de proferir uma decisão, o julgador encontra o seu fundamento não apenas na lei, mas nos princípios, na jurisprudência, nos costumes, no entendimento doutrinário. A constante evolução da sociedade e a necessidade de sistematização dos princípios, de modo a considerá-los em conexão com outras normas do ordenamento, são formas que possibilitam a mudança no sentido interpretativo nas normas. Razão a qual, com amparo nas teorias norte-americanas, surge a técnica do *overruling*, que corresponde à superação (revogação) do entendimento paradigmático do precedente.

No caso de modificação dos valores sociais, além da revogação do precedente, deve-se estabelecer uma nova tese jurídica para reger as relações ocorridas antes da decisão revogadora, mas que ainda estejam sujeitas ao crivo judicial.

Quanto à *Prospective Overruling*, verifica-se a eficácia prospectiva nas ações do controle de constitucionalidade, ou seja, é a possibilidade do STF – tendo em vista a segurança jurídica e o interesse social – restringir os efeitos das declarações de inconstitucionalidade ou fixar o momento adequado para sua eficácia.

2.13.3. Teoria concretista:

A Carta Magna de 1988 foi a Constituição brasileira que primeiro trouxe à baila o mandado de injunção, prevendo-o em seu art. 5º, LXXI, *in verbis*:

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

Entretanto, somente a partir de 2007 o Poder Judiciário passou a exercer uma função eminentemente política, atuando como legislador positivo. Vallinder (1995) denomina a ampliação das atividades do Judiciário de "judicialização da política", conceituando-a como a transferência do poder de decisão do Legislativo e do Executivo para as Cortes Judiciais.

No Mandado de Injunção nº 708-0/2007, o brilhante voto do Ministro do STF, Celso de Mello:

“Não se pode tolerar sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis – a quem vem se negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional -, traduz um incompreensível sentimento de desprezo pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.”

Nesse aspecto, as decisões do STF, em mandado de injunção, anteriores ao ano de 2.007 eram não concretistas, ou seja, apenas declarava a mora na criação da lei. Após esse ano, houve uma virada jurisprudencial, visando ir além de declarar a falta da lei através de três posições concretistas:

- a) Geral: ocorrendo os efeitos *erga omnes*;
- b) Individual Direta: com efeitos *inter partes*;
- c) Intermediária: com prazo para criação da norma regulamentadora dos direitos fundamentais, porém sem resolução sobre a continuidade da inércia legislativa.

2.14. O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA:

Ativismo judicial é um fenômeno jurídico, o qual entende-se por contribuições do Poder Judiciário para o direito, na formação de precedentes, súmulas

e até mesmo na elaboração ou transformação da própria lei, seja na sua interpretação ou na matéria em si.

Por oportuno, explica Esdras Boccato:

“Por isto, o ativismo judicial é reação do Poder Judiciário à ineficácia do Poder Legislativo no exercício de suas funções típicas, isto é, editar normas gerais e abstratas depois de maturados debates políticos. A atuação deficiente do Parlamento é, portanto, simultaneamente uma das origens e fomento do ativismo”.

A judicialização da vida entende-se por causas relevantes e com repercussão política ou social, que já foram questões de atribuição do Legislativo ou Executivo, sendo decididas pelas instâncias do Poder Judiciário, assim, essa transferência de Poder tem causas diversas, como, por exemplo, a redemocratização do país, aonde fortaleceu e expandiu o Judiciário, que deixou de ser um departamento técnico-especializado para transformar-se em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com outros Poderes, além do que aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.

Ana Luiza Rodrigues cita Barroso explicando a diferença entre os referidos institutos:

“Luís Roberto Barroso, por sua vez, diferencia o ativismo judicial do fenômeno que denomina judicialização da vida. Consoante explica, a judicialização da vida indica o processo crescente e conjectural de tomada de decisões políticas e sociais – que normalmente incumbiriam aos poderes Legislativo e Executivo – por parte do Poder Judiciário, ao passo que ativismo judicial diz respeito a uma “atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (BARROSO, 2012, p. 6).

Assim, enquanto a judicialização da política no Brasil não depende de uma vontade deliberada por parte do magistrado, mas tem como causas o modelo constitucional adotado no país – caracterizado pela, cada vez mais ampla, atuação política do Poder Judiciário (decorrente de suas novas prerrogativas constitucionais), a constitucionalização abrangente e um complexo sistema de controle de

constitucionalidade –, o ativismo judicial não decorre de uma circunstância imposta, mas de um contexto político favorável à adoção de uma postura proativa.

Desta feita, Luís Roberto Barroso reconhece os riscos do ativismo judicial, mas o considera um fenômeno que, inserido em momentos históricos peculiares, é apto a fornecer respostas positivas para muitas demandas sociais”.

Em síntese, a Judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas do constituinte, enquanto que o Ativismo Judicial é a interpretação proativa e expansiva da Constituição.

2.14.1. Consequências do Ativismo Judicial:

A ideia do ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

Segundo Barroso, o ativismo se manifesta por meio das seguintes condutas:

“ (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas”.

Um dos exemplos reais do Ativismo no Brasil, poderemos citar o recente caso em que a Suprema Corte decidiu sobre a fidelidade partidária no sentido de que a vaga no Congresso Nacional pertence ao partido. Sendo assim, o parlamentar eleito pelo sistema proporcional, no caso os deputados, perdem o mandato se mudarem de partido. Ocorre aqui, a aplicação direta da Constituição nas situações não expressamente contempladas em seu texto.

Este fenômeno jurídico tem dois aspectos, positivo e negativo, naquele o Judiciário atente prontamente as demandas da sociedade, neste é demonstrado a

fragilidade do Legislativo. Ademais, as objeções a estes fenômenos jurídicos se concentram nos riscos para a legitimidade democrática, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do judiciário.

Elival Ramos, faz uma crítica a desrespeito do ativismo judicial:

“Ao fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função do governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional) que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com a incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes”.

2.15. APLICAÇÕES DO DIREITO SOCIAL NO ÂMBITO DO NEOCONSTITUCIONALISMO:

Recentemente, a Corte Suprema reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar. A decisão teve por base a dignidade de pessoa humana, mas não deixou de afrontar o paradigma social da família, o que deu margem para discursões acerca de usurpação das funções legislativas.

Outra decisão bastante polêmica foi sobre o caso da descriminalização do aborto no caso dos fetos anencéfalos, aonde o STF acabou inovando e criando uma exceção jurídica.

Nos últimos dias, outra decisão que tem causado discussões nacionais, o caso da derrubada de uma lei do Ceará que regulamentava a vaquejada, uma vez que o Supremo considerou que tal atividade impõe sofrimento aos animais, ferindo princípios constitucionais de preservação do meio ambiente⁵.

Cito importante comentário de Diógenes Ribeiro:

⁵ G1, Política. Disponível em <<http://www.cnanet.com.br/logadon/login.aspx?d=true>> Acesso em 07/10/2016.

“A sociedade não espera a solução do sistema político - nem do sistema jurídico – nem do Judiciário. A sociedade faz e acontece, e depois demanda e aguarda pela solução dos problemas. As transformações da sociedade são - verdadeiramente - o motor da evolução dos sistemas sociais. Mas as transformações sociais precedem, não aguardam.

A ilusão - ou mito - da modernidade, do positivismo, é que a sociedade poderia ser encaixada num modelo jurídico legal prévio. É o caso do casamento - que era para sempre e que somente se permitia a união pelo casamento.

Veio a separação, o término do casamento, e junto as uniões livres, à margem da legislação. A sociedade não se encaixou no modelo e isso serve para demonstrar o desfazimento do mito da sociedade como um projeto jurídico.

Em suma: no Brasil e no mundo, o Poder Legislativo não dá e nem nunca dará conta da demanda por legislação”.

Enfim, diante desse novo paradigma, o Poder judiciário se viu alçado a uma posição de destaque e de grande importância no cenário do Estado contemporâneo, já que, cada vez mais frequente, questões polêmicas e relevantes para a sociedade passaram a ser decididas por magistrados, e sobretudo por Cortes constitucionais, muitas vezes em razão de ações propostas por grupos políticos ou sociais que foram perdedores na arena legislativa.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Ao final dessa exposição, percebe-se que a sociedade - muito embora seja violentamente atingida pela força legiferante advinda do Poder Judiciário -, em geral, beneficia-se da atuação Jurisdicional.

Atualmente, o Poder Judiciário vem atuando nas demandas mais relevantes do ponto de vista social em nível nacional. Sob a justificativa de evitar e solucionar os conflitos de forma célere e efetiva, os órgãos do Judiciário ousam dar a lei interpretações proativas.

No país democrático, em que vivemos, o povo tem legitimidade direta ou indireta para decidir as principais questões sociais, diretamente através do sufrágio universal, do referendo ou plebiscito, e indiretamente por meio dos seus representantes.

A Teoria da Separação dos Poderes adotada pelo Brasil na Constituição de 1988, não é absoluta, pois institui os Poderes com funções típicas e atípicas que elaboram leis, aplicam as leis aos casos concretos e administram o Estado. Ao Poder Judiciário cabe não somente a prerrogativa precípua de julgar, mas também administrar e legislar.

Contudo, todos os Poderes da República devem respeitar os limites impostos na Carta constitucional, que amparada pelo o sistema de freios e contrapesos, visa garantir a soberania da Constituição democrática.

O atual cenário jurídico moderno aponta que o Poder Judiciário exorbita os limites positivados para se chegar a um atendimento jurisdicional adequado para a sociedade. Nesse contexto, a temática abordada não é pacífica na doutrina, alguns defendem a atuação do Judiciário na esfera normativa-social, outros criticam a elevada influência de um Poder sobre os demais.

Em todo caso, surge um fenômeno da modernidade conhecido como Ativismo Judicial, decorrente da ampliação do papel do Judiciário frente às relações sociais, regulando políticas públicas e intervindo de forma significativa na vida dos brasileiros.

A judicialização e o ativismo judicial são fenômenos jurídicos que, apesar de parte da doutrina entender serem termos sinônimos, diferem-se em sua essência, aquela é fato, independe da vontade do Judiciário, esse é atitude, atende às

demandas sociais não atendidas por instâncias políticas. Dessa forma, ambos crescem progressivamente não somente no Brasil, como no mundo de um modo geral, ganhando força e sendo cada vez mais presentes dentro do regime democrático moderno.

Diante da evolução social, faz-se necessário mutações normativas, tanto no texto em si como na interpretação do seu conteúdo. No entanto, há um grande dilema doutrinário no que tange à atuação do Poder Judiciário ao decidir certas questões como, por exemplo, aborto de fetos anencefálicos, prisão civil, casamento e adoção homoafetivo, etc. Nessa esteira, surgem entendimentos contrários entre os estudiosos do direito, alguns concluem que o judiciário está inovando a legislação, invadindo a competência legislativa, usurpando as funções do Poder Legislativo e descriminalizando certos crimes, como o aborto, outros, já possuem entendimento contrário.

Outro ponto controvertido na doutrina é o caso das Súmulas vinculantes apenas criadas pelo STF, e que ostentam um patamar mais elevado de imperatividade, há quem diga que tais súmulas engessam o Poder Judiciário e contribuem para a paralização do direito e imposição do autoritarismo judicial. Em posicionamento contrário, as Súmulas vinculantes conferem a uniformização das decisões, gerando maior efetividade, celeridade processual e maior segurança jurídica.

O Poder Legislativo encontra-se enfraquecido e quase que inerte para atender as expectativas da sociedade, por esse motivo surge a necessidade de um suporte maior dos órgãos estatais, que adotam medidas assecuratórias e efetivas na aplicabilidade do direito constitucionalmente garantido, carente de regulamentação ou no caso de uma norma arcaica que precisa se adequar à evolução social.

Portanto, com a atuação forte do Poder Judiciário, esse passa a ser visto como um órgão legiferante, uma vez que tem agido positivamente na solução dos conflitos, buscando pôr fim à morosidade processual, atendendo aos anseios sociais, e dando à sociedade uma resposta que finaliza as contradições, omissões e brechas para divergentes interpretações em torno de uma mesma questão, contribuindo assim para melhor segurança jurídica.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e praticada jurisdição constitucional no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 53.

BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit. p.35.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In: De Paula, Daniel Giotti; Fell et, Andre Luiz Fernandes; Novelino, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm: 2011. p. 73. **Sobre o neoconstitucionalismo** Uadi.

BARROSO, Luís Roberto, **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_p_t.pdf>. Acesso em 19/10/2016.

BARROSO, Luís Roberto. ____ Op. Cit.

ALMEIDA, Nádía Hellen Gaia de, e RIBEIRO, Luiz José de Jesus. **Neoconstitucionalismo: O poder Judiciário como Agente de Concretização das Normas Constitucionais**. R. TRT 8ª Região. Belém. v. 47, n. 93, p. 1-450, jul./dez./2014

CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza. **Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais**. In: ____; Sampaio, Jose Adercio Leite (coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**, 30ª edição, São Paulo: Atlas, 2014. p. 423.

MORAES, Alexandre. ____ Op. Cit. p. 203.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo. Saraiva: 2000.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 32.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p.46.

RANGEL, Douglas Eros Pereira. **Efetividade Dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível: Uma Análise Sob A Ótica Do Neoconstitucionalismo**. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.52, n.82, p.87-102, jul./dez.2010.

RANGEL, Douglas Eros Pereira. ____ Op. Cit.

CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza. **Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais**. In: ____; Sampaio, Jose Adercio Leite (coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RIBEIRO, Diógenes V. Revista de Informação Legislativa. **Judicialização e desjudicialização. Entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do Judiciário**. Ano 50 Número 199 jul./set. 2013.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**, S. Paulo, Saraiva, 2010, p. 129.

RAMOS, Elival da Silva. Op.Cit., p. 115/116.

MONCLAIRE, Stéphane. Revista de Informação Legislativa. **As grandes características do último processo constituinte brasileiro**. Brasília a. 45 n. 179 jul.set. 2008.

MORAES, Alexandre. **A Evolução Constitucional na interpretação do Direito ao Silêncio**. RDA - Revista de Direito Administrativo Belo Horizonte, ano 2008, n. 248, maio/ago. 2008, citando: "Nesse sentido importante relembrarmos a lição de AFONSO ARINOS: "não se pode separar o reconhecimento dos direitos individuais da verdadeira democracia" (Curso de direito constitucional brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 188. v. I)".

MORAES, Alexandre. ____ Op.Cit., p. 816.

MORAES, Alexandre. ____ Op.Cit., p. 814/815.

LIMA, Débora Caldeira (mestranda). Doutrina Cível. **O Neoconstitucionalismo e a sua Influência na Jurisdição: Apontamentos sobre a Técnica dos Procedentes Judiciais no Sistema Processual Brasileiro**. Revista Jurídica, São Paulo, v. 63, n. 457, nov. 2015.

LIMA, Débora Caldeira ____ Op. Cit.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 197.

VIEIRA, André Luís, RODRIGUES, Tiago Alves Barbosa. **Ativismo Judicial: EVOLUÇÃO, RELEVÂNCIA E LIMITES**. Revista Brasileira de Direito Público (RBDP) – Editora Fórum (Belo Horizonte – Brasil), ano 12, n. 45, p. 73-96, abr./jun. 2014.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.198.

MORAES, Alexandre. **A Evolução Constitucional na interpretação do Direito ao Silêncio**. RDA - Revista de Direito Administrativo Belo Horizonte, ano 2008, n. 248, maio/ago. 2008

RIBEIRO, Diógenes. V. Revista de Informação Legislativa. **Judicialização e desjudicialização**. Entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do Judiciário. Ano 50 Número 199 jul./set. 2013.

RIBEIRO, Diógenes ____ Op.Cit.

STF (Supremo Tribunal Federal). Jurisprudência. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>> Acesso em 18/10/2016.

STJ (Superior Tribunal de Justiça). Jurisprudência do STJ. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 16/10/2016.

BOCCATO, Esdras. **As deficiências do Poder Legislativo como fator de impulsão do ativismo judicial no Brasil**. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 90. Ano 23. p. 63-76 . São Paulo: Ed. RT, jan.- mar. 2015.

RODRIGUES, Ana Luíza de Moraes. **Ativismo judicial causas e fundamentos**. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*. 51. Brasília. 107 (1). P. 141-152 / JUL- dez 2015. Citando BARROSO.

COUTINHO, Jacinto Miranda. FRAGALE Roberto. LOBÃO Ronaldo. (Organizadores). **Constituição e Ativismo Judicial – Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial**. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris. 2011.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. **Neoconstitucionalismo e Súmulas Vinculantes**. Ed. Sergio Antonio Fabris. Porto Alegre. 2012.

SBROGIO’GALLIA, Susana. **Mutações Constitucionais e Direitos Fundamentais**. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2007.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo – A invasão da Constituição**. Coleção Professor Gilmar Mendes. Ed. Método. São Paulo. 2008.

MARTINS, Flávia Bahia. **Direito Constitucional**. 2ª Edição, revista, ampliada e atualizada. Ed. Impetus. Niterói, Rio de Janeiro. 2011.